

# **QUINTO CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: critérios para escolha dos integrantes.**

Afrânio Neves de Melo<sup>1</sup>

## **1 INTRODUÇÃO**

O art. 94 da Constituição Federal (FERREIRA FILHO, 1993), dispondo sobre a estrutura do Poder Judiciário, estabelece que:

um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais dos Tribunais dos Estados, Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação *ilibada, com mais de dez anos e efetiva* atividade profissional, *indicados em lista sêxtupla pelos* órgãos de representação das respectivas classes.

---

<sup>1</sup> Magistrado

Após recebidas as indicações, o Tribunal formará a lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

O estabelecimento de tal regra, como já foi abordado, vem desde a Carta Constitucional de 1934, quando disciplinou no art. 104, § 6º, o seguinte:

§ 6º - Na composição dos Tribunais Superiores, serão reservados lugares correspondentes a um quinto do número total, para que sejam preenchidos por advogados de membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, escolhido de lista tríplice, organizada na forma do § 3º.

Por sua vez, o § 3º, assim estatui: “Para promoção por merecimento, o Tribunal organizará lista tríplice por votação, em escrutínio secreto”.

Como vemos, entre o que trazia a carta de 34 e a nossa atual Constituição, a respeito do assunto, a única diferença é a lista tríplice sendo substituída pela sêxtupla, agora escolhida pela entidade de classe e não pelo Tribunal, e somente a esta a redução para tríplice para o envio ao Poder Executivo.

Depreende-se que o objetivo, o intuito do constituinte, como afirma Ferreira Filho (1993), “é injetar nos Tribunais o fruto da experiência haurida em situações outras que a do Juiz”.

Fica patente, pois, que, transformados em magistrados, advogados e membros do Ministério Público, democratizam o Poder Judiciário, fazendo com que profissionais que atuem em outras atividades utilizem e contribuam com suas experiências para difícil missão de julgar.

Os profissionais escolhidos por suas categorias são geralmente pessoas sérias e combativas, com larga experiência e vivência, ensejando uma visão mais ampla do mundo jurídico. São mais dinâmicos e acessíveis às fontes, porque já estiveram no outro “*lado do balcão*” e conhecem muito bem a primeira instância. Vivenciaram e sofreram, em busca de uma prestação jurisdicional rápida e efetiva sem que isso às vezes tenha acontecido.

## **2 CRITÉRIOS PARA ESCOLHA**

A Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio de suas Seccionais ou Conselho Federal, é a entidade

encarregada de promover a seleção de advogados candidatos às vagas existentes nos Tribunais.

Os Tribunais comunicam à Ordem dos Advogados do Brasil a existência da vaga a ser preenchida pelo quinto constitucional e solicitam o encaminhamento da lista sêxtupla, para análise e redução para tríplice.

A partir daí, a Ordem abre inscrição para formação da lista sêxtupla, que será escolhida de forma democrática, em seção pública, onde poderão ocorrer entrevistas, sabatinas etc.

Algumas Seccionais promovem essa escolha, através de eleição direta com a participação integral dos associados, o que torna a formação da lista extremamente democrática e com um suporte de escolha bem mais positivo.

Por sua vez, o Conselho Federal, dentro do mesmo princípio de abertura, realiza sua escolha em sessão especial onde são sabatinados todos os candidatos, elaborando-se a lista sêxtupla com a votação de todos os Conselheiros Federais.

A categoria dos advogados tem todo interesse e responsabilidade de eleger profissionais de maior capacidade intelectual, de maior envergadura moral e principalmente aqueles que demonstrem aptidão para integrar a magistratura.

Não se trata de escolha aleatória e disvinculada de princípios éticos. De certa forma, seria uma inconseqüência escolher um profissional que fosse deslustrar a classe na

magistratura, um representante aquém da dignidade e da importância do Judiciário.

O Poder Judiciário empenha-se em oferecer à sociedade uma atividade jurisdicional mais célere, mais aberta, mais democrática e mais justa. Não é por coincidência que se passa a exigir num concurso para a magistratura, três anos de atividade jurídica. Qual será a intenção de assim proceder? Ter exatamente o que há muito se reclamava de um magistrado – a falta de vivência e de experiência na vida jurídica. E qual é a atividade jurídica que fornece maior subsídio para a magistratura? Não há dúvida que é a advocacia. Na realidade, magistrados, advogados e membros do Ministério Público, operadores do direito que são, trabalham com a mesma finalidade, qual seja, a realização da Justiça.

A nossa Constituição diz, em seu art. 133, que o advogado é indispensável à administração da Justiça. Administrar a Justiça como se sabe, é “aplicar a lei por provocação a determinado caso concreto”.

Cretela Júnior (1990), em seus comentários à Constituição de 88, diz, com toda força intelectual, que a regra constante do art. 133 é correta ao ressaltar a presença ou a indispensabilidade da atuação do advogado, influenciando na técnica e na arte da administração da Justiça. Mais adiante, vai além quando afirma, textualmente: “a regra jurídica constitucional

ordena a presença de advogados nos feitos, quer cíveis, quer criminais, e por essa atuação impede que inúmeros erros de técnica sejam cometidos, retardando a administração da Justiça”.

Como se enxerga, o trabalho do advogado está intimamente ligado ao dos julgadores, contribuindo, e muito, para a realização da Justiça, num trabalho harmônico e sério.

Essa ligação, essa participação efetiva corrobora e fortalece o vínculo do profissional da advocacia à magistratura, coonestando e ratificando a existência do quinto constitucional.

A escolha, com a formação da lista tríplice, não é novidade no Poder Judiciário. O art. 104 da Carta de 88 dispõe que um terço dentre Juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre Desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal, comporão o Superior Tribunal de Justiça, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal.

Os Tribunais Regionais Federais recrutarão entre os Juízes Federais seus componentes e o farão por antiguidade e merecimento, usando do mesmo modo a lista tríplice encaminhada ao Presidente da República. Os Tribunais Regionais do Trabalho procedem da mesma maneira. Como vemos, as listas fazem parte de todo o processo de seleção e

escolha dentro e fora do Judiciário. O que se deve, em mente, é a lisura e a responsabilidade da escolha, fazendo com que prevaleçam a capacidade, a dignidade e a competência do escolhido.

Quem escolhe deve ter elementos de acompanhamento do trabalho desenvolvido do candidato, o conjunto de suas experiências, a contribuição à sociedade e à entidade à qual pertence.

O notório saber Jurídico decorre do bacharelado em Direito complementado com inegáveis conhecimentos e profunda experiência nas Ciências Jurídicas. No que tange à reputação ilibada tem-se como o conhecimento manifesto da conduta sem mácula do candidato.

### **3 CRÍTICAS AO PROCESSO DE ESCOLHA**

Há uma manifestação quase unânime, no seio do Poder Judiciário, contra o chamado quinto constitucional. Essa posição evidencia-se em artigos, palestras e, por último, através de elaboração de um anteprojeto da Pec, que extingue essa forma de escolha de magistrados.

O referido anteprojeto elaborado pela Anamatra, elenca, pelo menos, três justificativas que entende fundamentais para extirpação do dispositivo constitucional.

Em primeiro lugar, alega que o candidato do quinto se submete a uma verdadeira “*via crucis*” para aprovação de seu nome pelos Tribunais e depois pelo Executivo, o que, no dizer da Anamatra, “ofusca e ofende a inteira independência, tornando parte integrante, senão submissa, ao poder político”.

As razões que embasam essa alteração, sinceramente, não sensibilizam os mais rudes dos mortais.

Devemos esclarecer que advogado que se preze não sai mendigando votos na Seccional nem tampouco nos Tribunais para figurar em lista. Idêntico procedimento também ocorre com juízes íntegros de primeira instância, que não imploram votos de juízes de 2º grau para figurarem em lista ao Tribunal.

O mesmo acontece, como vemos, com magistrados candidatos aos Tribunais. Quem os nomeia é o Executivo, e, por isso, perdem a compostura, a dignidade e a independência? Quem já possui essas virtudes não as perde nunca.

Noberto Bobbio disse certa vez que:

nenhum termo da linguagem política é ideologicamente neutro. Cada um deles pode ser usado como base na orientação



política do usuário para gerar reações emocionais, para obter a aprovação ou desaprovação de um certo comportamento, para provocar, enfim, consenso ou dissenso.

Como se vê, essa pretensa submissão não decorre do ato de nomear. Será que um ato de nomeação pode criar um vínculo tão grande de dependência ao ponto de romper a lisura de uma escolha?

Não vemos, data vênia, nos argumentos da Anamatra nada que cooneste a quebra da neutralidade do Judiciário.

Outra razão apontada na justificativa do anteprojeto diz respeito “à indevida ingerência do Poder Executivo sobre o Judiciário”.

Sustenta, também, a Anamatra que a nomeação de Juízes do quinto representa ofensa à separação dos Poderes da República.

O fato do Executivo nomear o integrante do quinto, como faz em relação aos juízes de primeira instância para ocuparem os Tribunais, não vem romper com a regra da separação de poderes, nem tampouco quebrar o equilíbrio entre os Poderes. Trata-se, como já nos referimos, de um ato administrativo complexo e discricionário, onde aparecem bem identificados o indicador dos nomes e o chefe do Poder Executivo como encarregado da nomeação.

A última justificativa para eliminação do quinto, diz respeito à especialização. Segundo o texto, dos juízes espera-se imparcialidade, “princípio regente e fundante das relações jurisdicionais”.

Vai mais além quando assevera que:

o Juiz não é próximo de uma parte ou de outra. Não depende, por seus atos, este ou aquele. É equidistante dos litigantes. A imparcialidade não nasce com o magistrado, tampouco aprende-se nos cursos de direito. Ela resulta da prática cotidiana e constante do ato de decidir, da realização de audiências, do recebimento das partes e seus procuradores. É um exercício longo e dificultoso.

O dicionário Aurélio traz em seu verbete que imparcial é aquele que julga desapaixonadamente; reto, justo. Que não sacrifica a sua opinião à própria conveniência nem às de outrem.

A imparcialidade talvez seja, entre os homens, a virtude mais difícil de encontrar. O grande poeta alemão Johann Wolfgang Goethe, dizia que “posso jurar que sou honesto, imparcial nunca”.

Pedimos licença para, mais uma vez, discordar dos argumentos da Anamatra.

Assevera, textualmente, que “de uma hora para outra, sem nunca ter antes enfrentado decisões, o Juiz do quinto passa de postulante a Magistrado”. Chega ao exagero de dizer que o advogado é incapaz de analisar uma prova colhida na primeira instância, porque nunca interrogou uma testemunha. Diz também que o advogado nunca conduziu uma execução e portanto não sabe sustar atos de constrição patrimonial, através de mandado de segurança. Por derradeiro, afirma, de modo incisivo, que os do quinto não saberão ocupar cargos diretivos dos Tribunais, inclusive o de Corregedor, porque não exercitou tarefas de primeira instância.

Presumo, com todas as desculpas que o caso merece, que o encarregado de escrever as justificativas do anteprojeto não conhece nem nunca ouviu falar na atuação de um advogado, pois o faz como se fora um engenheiro, um médico, jamais um profissional de advocacia. Desconhecer a atuação do advogado numa audiência de inquirição de testemunhas é pura má vontade. Sabemos que o advogado é quem peticiona e elabora uma ação mandamental pleiteando a sustação de constrição patrimonial, e não precisa conduzir uma execução para entendê-la. Dizer que, para administrar, necessitava ter passado na primeira instância, é despautério, despropósito.

O que faz um grande administrador é a lisura, a honestidade, o bom senso e a experiência de vida. O próprio

Judiciário preocupa-se com a administração dos Tribunais, porque entende que isso é tarefa que não está afeta a magistrado e não é o concurso público que o habilita para dirigir.

O Supremo Tribunal Federal já realizou seminário enfocando esse tema, porque entende que os Magistrados necessitam de uma visão administrativa mais eficaz e mais compatível com a função diretiva.

Refere-se, também, a Anamatra ao que chama de “sistema sujeito a subjetividades”.

Afirma que os critérios de “notório saber jurídico e reputação ilibada”, não são suficientes para uma escolha objetiva.

Ficamos a imaginar se não é possível uma entidade de classe, do porte da OAB ou um Tribunal com a responsabilidade que detêm, escolher nomes que atendam aos preceitos constitucionais vigentes.

Se não somos capazes de escolher nomes e a OAB também não tem como elaborar uma lista de seus associados, teremos que assinar um atestado de incapacidade total.

Anota, por outro lado, a instituição dos magistrados, que a permanência do quinto é um desestímulo à carreira nos Tribunais.

É preciso que tenhamos em mente que a escolha do quinto é uma exceção e como tal terá que ser vista e não voltar os olhos para a peregrinação percorrida pelos Juízes de primeira instância e a dificuldade de chegar aos Tribunais.

Finaliza a Anamatra, dizendo que o pretendido “*arejamento*” dos Tribunais está resolvido com a reforma do Judiciário, que elevou a requisito essencial para as carreiras da magistratura o exercício de atividade jurídica por três anos.

Diz que tal exigência supre a suposta falta de contato dos Magistrados com outras atividades jurídicas.

Trata-se, no nosso modesto modo de ver, de um reconhecimento da importância da atividade jurídica, principalmente da advocacia na magistratura.

Os profissionais da advocacia sabem e reconhecem que os Juízes que, no passado foram advogados, são mais flexíveis e habilidosos no trato com as partes.

Questões outras já foram objeto de comentários no que pertine ao critério de escolha.

O estabelecimento do quinto destinado aos advogados e membros do Ministério Público nos Tribunais, nem sempre ocorre, necessariamente, de forma em que apareçam os outros quatro quintos para a Magistratura de carreira. Surge esse problema quando o Tribunal tem em sua composição um número que não seja múltiplo de cinco.

A regra explícita não gera a presunção de que quatro quintos destinam-se aos Magistrados de carreira.

O dispositivo constitucional que disciplina a matéria está assim redigido: “Um quinto dos Tribunais...será composto de membros do Ministério Público...e de advogados...” (BARROSO, 2003) Essa disposição é explícita não cabendo interpretação paralela, isto é, prevalece sobre a norma implícita, qual seja, de que quatro quintos serão de carreira. Assim, levando-se em consideração a regra explícita acerca do quinto, chegamos à conclusão que, havendo fração, mesmo que inferior a meio, far-se-á o arredondamento para o número seguinte. Temos que, um quinto do Tribunal que possua dezesseis membros é quatro, porquanto um quinto de dezesseis é três vírgula dois, sendo esse número para o inteiro seguinte.

O Supremo Tribunal tem decidido de modo iterativo, solidificando esse entendimento e num deles assim pronunciou-se:

Se o número total de sua composição não for divisível por cinco, arredonda-se a fração restante (seja superior ou inferior à metade) para o número inteiro seguinte, a fim de alcançar-se a quantidade de vagas destinadas ao quinto constitucional destinado ao provimento por advogados e membros do Ministério Público. (BRASIL, 2002)

De outra banda, o Superior Tribunal de Justiça, comungando com a mesma tese, dispõe:

II- Um quinto da composição dos Tribunais Regionais Federais será de Juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público. Esta é uma norma constitucional expressa, que há de prevalecer sobre a norma implícita, que decorre de norma expressa, no sentido de que, se um quinto é dos advogados e de membros do Ministério Público Federal, quatro quinto serão de Juízes de carreira. Observada a regra de hermenêutica – a norma expressa prevalece sobre a norma implícita – força é convir que, se o número total da composição não for múltiplo de cinco, arredonda-se a fração superior ou inferior a meio – para cima, obtendo-se, então, o número seguinte. E que, se assim não for feito, o Tribunal não terá na sua composição, um quinto de Juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público Federal com descumprimento da norma constitucional. (BRASIL, 2000)

É relevante destacar, como afirma o advogado paranaense, Conte [200-?]

que a finalidade básica do quinto constitucional é garantir o acesso efetivo à Magistratura dos advogados e membros do Ministério Público. Em outras palavras, a finalidade do quinto

constitucional não é garantir um determinado número de Juízes de carreira. É garantir sempre o quinto constitucional.

## 4 CONCLUSÃO

À vista do exposto, entendemos o seguinte:

a) somos favoráveis à permanência do “*quinto constitucional*”, porquanto traz grande contribuição à democratização e transparência ao Poder Judiciário;

b) não enxergamos no ato de nomeação do representante do “*quinto*” um ato mais político que jurídico, visto que, para sua elaboração, participam os Conselhos da OAB, seja federal ou estadual, de modo aberto, com acesso a toda documentação exigida e uma análise criteriosa de cada candidato;

c) não vislumbramos ingerência do Poder Executivo no Poder Judiciário, nem tampouco ofensa à separação dos Poderes da República.

A nomeação do Juiz do “*quinto*” é um ato administrativo complexo e discricionário, no qual participam os órgãos de classe e do Poder Executivo. Aliás, idêntico



processo, em tese, submetem-se os Magistrados de primeira instância que chegam aos Tribunais, por merecimento;

d) não vemos, na imparcialidade, uma prerrogativa exclusiva de Magistrado. Todo ser humano pode ser imparcial, desde que aja com bom senso e lisura.

e) finalmente, não conseguimos captar justificativas plausíveis para a eliminação da figura do quinto constitucional, entendendo, no entanto, que os critérios para escolha possam ser alterados e modificados, visando seu aperfeiçoamento.

Ao concluirmos estas considerações, queremos dizer que concordamos com a permanência do quinto constitucional, talvez melhor aprimorado, pedindo licença para apresentar algumas sugestões, a saber:

1- Eleição direta obrigatória nas Seccionais, para a escolha da lista sêxtupla, com ampla divulgação a fim de permitir o maior número de candidatos inscritos;

2- Escolha de lista trinômine escolhida pelo Conselho Seccional e enviada ao Poder Executivo, retirando dos Tribunais a prerrogativa de redução da lista sêxtupla, nos termos da proposta de Emenda Constitucional nº 96-A-92, pelo que se sabe, já aprovada, em segundo turno, pela Câmara Federal; e

3- Talvez a mais polêmica das sugestões, que seria o concurso público para preenchimento do quinto de advogados e membros do Ministério Público, afastando, assim, como dizem os críticos, a subjetividade da escolha.

## REFERÊNCIA

ALBUQUERQUE, Xavier de. Quinto Constitucional dos Tribunais de Alçada e Acesso aos Tribunais de Justiça. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, [1992].

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10594. Relator: Ministro José Delgado. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 02 de maio de 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Ordinária nº 493. Relator: Ministro Octavio Gallotti. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 10 de nov. 2000.

CONTE, Miguel Luiz. **Noções sobre o quinto constitucional**. [S.n.] [200-?]

CRETELA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição 1988**. Editora Forense Universitária, 1990.

ESTATUTO da Advocacia e da OAB e Legislação Complementar. Brasília. OAB Federal, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo. Editora Saraiva, 1993.

MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.